

II.- La permanence

Le droit peut être vu comme un bien commun en un double sens : le bien commun des professions au point que l'on parle souvent de la communauté des juristes et le bien commun de tous, juristes et surtout, non juristes.

Le droit, bien commun des professions.

Le droit réunit les professions à la fois parce qu'elles s'exercent dans des conditions similaires et qu'elles partagent un objet commun.

a) Bien que le questionnaire sur les structures d'exercice des professions se soit principalement intéressé aux sociétés professionnelles, il n'est pas interdit de rappeler comment, depuis des siècles, les professions juridiques se sont organisées pour assurer leur bon fonctionnement dans des ordres professionnels qui ont constitué des modèles empruntés ou imposés ensuite à d'autres professions. Ainsi, le code des professions du Québec institué en 1973 a-t-il pris pour modèle la loi sur le Barreau.

Cet encadrement des professionnels se double d'une déontologie dont les différents rapports attestent qu'elle présente une identité substantielle entre les différentes professions et entre les différents droits. Elle est à ce point proche qu'elle est parfois présentée comme un ensemble des règles communes[1]. Les difficultés rencontrées par les juges ne sont pas celles des professionnels avec leurs clients, et celles des huissiers de justice ne sont pas celles des notaires ou des avocats. Mais, la différence est davantage dans la situation à laquelle le professionnel se trouve confronté que dans les règles qui doivent le guider pour résoudre les difficultés.

b) Si l'on excepte les Etats-Unis, il n'existe nulle part de profession unique. Toutefois, les professions se retrouvent dans la formation. Le meilleur exemple est celui de l'Allemagne où toutes les professions sont indistinctement préparées avec un choix à l'issue de la formation. C'est encore une forme d'unité de choisir les juges parmi les avocats. Mais, là où ces solutions ne sont pas retenues, la formation impose le plus souvent au futur professionnel d'accomplir des stages ailleurs que dans la profession à laquelle il ambitionne d'accéder.

En dépit de la concurrence parfois exacerbée entre professionnels, il est largement admis qu'une formation de « juriste » est essentielle et que la diversité des professions peut trouver un tempérament dans une formation commune. Cette idée de formation commune doit d'ailleurs être précisée. Elle recouvre autant les principes communs à l'ensemble des professions qu'une prise de conscience des différentes manières qu'ont les professions d'exercer le droit. De ce dernier point de vue, il est souhaitable que la formation continue associe les professions pour que chacun soit à même de comprendre la manière dont travaillent les autres dans des situations identiques.

En définitive, les juristes sont au service du droit. Pour cette raison, on peut regretter la manière dont la Cour de justice, dans l'affaire AKZO Nobel Chemicals Ltd.[2], a écarté l'octroi aux juristes d'entreprise du legal privilege en relevant que les protections particulières dont bénéficiaient les avocats s'expliquaient parce qu'ils concouraient au fonctionnement de la justice. La réflexion mériterait d'être reprise en partant de l'idée que les juristes, où qu'ils exercent, sont autant au service du droit que de leurs clients[3].

Le droit, bien commun à tous

Même si l'on peut déplorer l'impérialisme du droit aujourd'hui et regretter que l'on n'ait pas prêté plus d'attention à ce qu'a dit Jean Carbonnier sur le fait qu'il n'est pas seul à organiser la vie en commun, le seul fait qu'il y contribue suffit à en faire le bien de tous. Certes, il arrive que les questions juridiques puissent être délicates au point qu'il est permis d'hésiter sur leur solution, voire d'en débattre vivement. Mais, est-ce l'hypothèse la plus répandue ? Bien souvent, la solution peut être trouvée sans trop de difficultés si l'on ne s'acharne pas à la dissimuler sous des argumentations biaisées.

a) L'idée que le droit est le même pour les deux parties donne son fondement le plus solide à l'évolution de la jurisprudence en matière de devoir de conseil. A qui est-il dû ? Au client seulement ? Au cours des débats, il est apparu qu'un professionnel devait ses conseils aux deux parties, client ou non. L'idée est ancienne : les notaires disent volontiers qu'ils sont les notaires du contrat plus que du client. La Cour de cassation l'a affirmé à propos des avocats dans un arrêt de 1997. Le droit étant le même pour les deux parties, le devoir de conseil apparaît indivisible.

L'idée pourrait se retrouver sous des pratiques anciennes. Les avocats aux conseils donnent, après l'étude du dossier, un avis sur les chances de succès d'un pourvoi. Bien sûr, cet avis est donné –est dû– à leur client et dans son intérêt. Mais, si une étude objective conduit l'avocat à déconseiller le pourvoi, on voit bien que la partie adverse en profite, par une de ces « externalités positives » qu'évoquent volontiers les économistes. Les huissiers de justice mandatés par le créancier pour le recouvrement servent souvent de truchement pour trouver un arrangement compatible avec les possibilités du débiteur.

b) Les différents rapports et la discussion sur la responsabilité en fournissent une autre illustration. Certes, on retrouve souvent la distinction classique entre les officiers publics et les autres professionnels. Pour les premiers, la responsabilité est généralement délictuelle –même à l'égard de leur client– lorsqu'ils agissent dans le cadre de leurs fonctions publiques. Elle est contractuelle à l'égard du client et délictuelle à l'égard des tiers pour les activités hors monopole et cette distinction est celle que l'on retrouve le plus souvent pour les avocats.

Mais, la tendance est à une relative homogénéisation de la responsabilité. Lorsque la responsabilité du notaire est délictuelle à l'égard de son client, toute personne qui subira un dommage du fait de son activité sera traitée comme un client.

Et dans les autres cas ? Le rapport québécois relate que la distinction des deux ordres de responsabilité a pratiquement disparu. Le rapport français montre qu'une évolution est possible vers une responsabilité professionnelle qui serait identique qu'un préjudice ait été causé au client ou à une tierce personne. Est-ce artificiel de conclure en disant que la responsabilité envers chacun doit être la même parce que le droit leur est également dû ?

Philippe Théry, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

[1] V. J. Moret- Bailly et D. Truchet, *Déontologie des juristes*, Puf 2010.

[2] 14 septembre 2010, aff. C-550/07P.

[3] En ce sens, on pourrait invoquer le fait que l'aide juridictionnelle n'est souvent qu'une partie de l'aide juridique.

